

Der Elefant im Raum

Anna Lübke

2020-02-18T11:52:26

Man kann das [Urteil N.D. und N.T. gg. Spanien](#) der großen Kammer des EGMR so sehen, dass hier zwei auf illegalen Wegen angekommene, nicht schutzbedürftige Migranten auf legale Zugangswege verwiesen wurden. Wer es dafür [feiert](#), übersieht die Implikationen des Urteils für die effektive Gewährleistung des Grundsatzes der Nichtzurückweisung.

Nach bisheriger Rechtsprechung nicht nur des EGMR (z.B. [M.S.S.](#), [Hirsi](#), [Sharifi](#), EuGH: [Gnandi](#)) gilt, dass Staaten ihrer Verantwortung, Menschen nicht in eine unmenschliche oder erniedrigende Situation zu bringen, nachkommen, indem Abschiebungskandidaten Gelegenheit gegeben wird, ein Schutzbegehren anzubringen und die Gefährdungslage ggf. substantiell geprüft wird. Das Recht, nicht in eine Art. 3 EMRK widersprechende Situation gebracht zu werden, ist eine absolute Garantie und muss, wie der EGMR auch in diesem Urteil ([Rn. 171](#)) wieder betont, praktisch wirksam gewährleistet werden. Aus Art. 13 EMRK müssen Betroffene die Möglichkeit haben, die Zulässigkeit der Abschiebung in einem mindestens vorläufigen Rechtsschutzverfahren überprüfen zu lassen, und zwar vor der Abschiebung. Wird ungeprüft abgeschoben und Rechtsschutz im Nachhinein gewährt, kann die absolut zu vermeidende, unmenschliche Folge des Abschiebebehandels bereits eingetreten sein. Und zumal in Fällen, in denen tatsächlich ein Schutzbedürfnis besteht, fände meist überhaupt keine Prüfung statt, denn wem gelingt es schon, aus einer Art. 3 EMRK widersprechenden Situation heraus Verfahren vor ausländischen Gerichten in die Wege zu leiten. Kurz: Schieben Staaten Menschen ohne die genannten Maßgaben („heiß“) ab, wird Art. 3 EMRK nicht effektiv gewährleistet.

Wie kann der EGMR angesichts dessen vertreten, es sei Staaten unter der EMRK erlaubt, unter Umständen wie denen des Falles N.D. und N.T. heiß abzuschieben? Bezüglich beider Beschwerdeführer war *mittlerweile* abschließend geklärt, dass sie nicht schutzbedürftig waren und insofern in ihren Rechten aus Art. 3, 13 EMRK nicht verletzt wurden. Zu beurteilen war das Vorgehen Spaniens – ein Vorgehen zu einem Zeitpunkt, als die Gefährdungslage der Beschwerdeführer noch ungeklärt war – jetzt unter Art. 4 4. ZP, dem Kollektivausweisungsverbot.

Die Vorschrift dient, wie der EGMR ausführt ([Rn. 198](#)), der Einhaltung des *refoulement*-Verbots. Anders als Art. 3, 13 EMRK, der nur bei denjenigen heiß abgeschobenen Personen verletzt wird, die sich als schutzbedürftig herausstellen, kann Art. 4 4. ZP ohnedies verletzt werden. Art. 13 EMRK ist akzessorisch, eine Kollektivausweisung kann man auch unabhängig von einer bestehenden Schutzbedürftigkeit beanstanden. Der EGMR meint nun, ein Verstoß gegen das Kollektivausweisungsverbot liege nicht vor, wenn die Betroffenen die heiße Abschiebung sozusagen selbst verschulden, weil sie kollektiv illegal Grenzschutzanlagen überwinden, statt sich auf den von Spanien zur Verfügung

gestellten Wegen – insbes. bei der Grenzübergangsstelle *Beni Anzar* – um legalen Zugang zu bemühen ([Rn. 201, 206 ff.](#)).

Einmal abgesehen von der Frage, wie sich dieses Verständnis von Art. 4 4. ZP mit seinem Wortlaut vereinbaren lässt – der EGMR handelt seine Argumentation unter dem Merkmal „kollektiv“ ab ([Rn. 192 ff.](#)) –, irritiert unter dem Gesichtspunkt der Schutzfunktion für die Einhaltung des *refoulement*-Verbots, dass die Art und Weise des Zugangs und eventuelles Fehlverhalten der Betroffenen bei der Wahl des Zugangsweges überhaupt eine Rolle dafür spielen sollen, ob heiß abgeschoben werden darf. Solche Umstände ändern ja nichts daran, dass heiße Abschiebungen mit *refoulement*-Verstößen verbunden sind, wenn sich unter den abgeschobenen Personen auch schutzbedürftige befinden, und das wird bei heißen Abschiebungen nun mal nicht ausgeschlossen. Es kann wohl nicht angenommen werden, der EGMR wolle, indem er hier zwecks effektiveren Grenzschutzes eine Art Schutzwürdigkeitsprüfung einführt, in einem Urteil zu Art. 4 4. ZP davon abrücken, dass Art. 3 EMRK eine absolute Garantie ist. Nicht mal Völkermörder dürfen in eine unmenschliche oder erniedrigende Situation abgeschoben werden, also wohl auch nicht auf illegalen Wegen angekommene Schutzsuchende, die es versäumt haben, sich vorab um legalen Zugang zu bemühen.

Es kommt hinzu, dass es laut EGMR auf die tatsächliche Erreichbarkeit der Grenzübergangsstelle für die jeweils Betroffenen letztlich nicht einmal ankommen soll (andernfalls müsste eigentlich allein schon deshalb individuell geprüft werden, denn mindestens die „schuldlosen“ Fälle wären von der heißen Abschiebung auszunehmen). Es begründe keine Verantwortlichkeit Spaniens unter der EMRK, so der EGMR ([Rn. 218 ff.](#)), wenn marokkanische Kräfte den Zugang verhindern, Spanien unterliege aus der EMRK keiner Pflicht, dafür zu sorgen, dass Schutzsuchende es bis an die Grenzübergangsstelle schaffen. In der Tat, *aus der EMRK* kann man, ungeachtet eventueller Kooperationsabsprachen, eine spanische [Verantwortung für drittstaatliches Ausreiseverhinderungsverhalten](#) wohl nicht herleiten, und es ist auch richtig, dass Spanien sich nicht aktiv um Zugang bis zur Grenze bemühen muss. Aber war denn das die Frage? Zu Prüfung stand, ob Spanien unter der EMRK nebst Zusatzprotokollen *für sein eigenes, Zwang anwendendes, heißes* Abschiebungsverhalten zur Verantwortung gezogen werden kann. Wenn das nicht mehr der Fall sein soll, weil Spanien irgendwo eine (nicht mal notwendig zugängliche) Tür im Grenzzaun vorhält, was bleibt dann von der Schutzfunktion des Art. 4 4. ZP für die Einhaltung des *refoulement*-Verbots?

Und was bleibt vom *refoulement*-Verbot selbst (und vom Flüchtlingsschutz), wenn Menschen, die mangels für sie realistisch erreichbarer, legaler Möglichkeiten, ein Schutzbegehren anzubringen, irregulär Zugang suchen und finden, künftig ungeprüft abgeschoben werden dürfen? Der EGMR betont mehrfach, dass Staaten Grenzschutz betreiben, sich dabei aber ihrer Verantwortung für die effektive Einhaltung des *refoulement*-Verbots nicht entziehen dürfen ([Rn. 167 ff., 181 ff., 232](#)). Personen, die anders als die Beschwerdeführer des vorliegenden Falles schutzbedürftig sind, dürfen also weiterhin nicht abgeschoben werden, das wäre ein *refoulement*-Verstoß. Nur: Wie sollen die Staaten das jetzt sicherstellen? Wie kann man heiße Abschiebungen vornehmen und Art. 3 EMRK effektiv garantieren? Das

ist der Elefant im Raum, zu dem das Urteil, ungeachtet der Relevanz der Frage für die Auslegung des Art. 4 4. ZP, schweigt – und das macht es zu einem [Fehlurteil](#).

Die Rolle, für menschenrechtsgerechte Verhältnisse in der europäischen Asyl- und Grenzschutzpolitik zu sorgen – eine Rolle, die der EGMR bisher zuverlässiger wahrgenommen hatte als der EuGH –, fällt an dieser Stelle den nationalen Gerichten und dem EuGH zu. Selbst wenn der EuGH sich bei Gelegenheit zu Art. 19 I GRC dem EGMR anschließen sollte: Heiße Abschiebungen kann er nicht unbeanstandet lassen, auch nicht in Fällen, in denen die fehlende Schutzbedürftigkeit der Betroffenen im Nachhinein feststeht. Für Art. 47 GRC genügt anders als für Art. 13 EMRK, dass einfaches Recht es verbietet, Menschen ohne die eingangs dieses Beitrags genannten Maßgaben abzuschieben. Die der effektiven Einhaltung des *refoulement*-Verbots dienenden und durch sie auch gebotenen prozeduralen Maßgaben – unional z.B. [Art. 6 ff, 43, 46 AsylVfRL](#), [Art. 9, 12 f RückfRL](#), [Art. 5, 26 f Dublin-III-VO](#) – gelten selbstverständlich auch für Menschen, die sich später als nicht schutzbedürftig herausstellen. Denn genau das muss erst geprüft werden, und zwar auch dann, wenn es um eine Abschiebung in Drittstaaten geht. Nur wenn trotz Gelegenheit kein Asylantrag gestellt (oder einer geprüft und abgelehnt) wurde, greift die Rückführungslinie. An deren Stelle kann [an den Außengrenzen](#) unter Umständen auch nach nationalem Recht vorgegangen werden. Dabei ist aber das [refoulement-Verbot einzuhalten](#), was das nationale Recht durch geeignete prozedurale Maßgaben effektiv gewährleisten muss. Die Rechtsschutzgarantien der nationalen Verfassungen (jedenfalls [Art. 24 \(1\) der span. Verfassung](#)) funktionieren wie Art. 47 GRC, nicht wie Art. 13 EMRK, setzen also einen *refoulement*-Verstoß nicht voraus, es reicht eine Verstoß gegen die prozeduralen Maßgaben.

Nach allem bestehen Chancen, dass der bisherige Grundkonsens – dass das *non-refoulement* eine absolut und effektiv zu gewährleistende Garantie ist, in deren Konsequenz Menschen nicht ohne substantielle Prüfung einer evtl. Gefährdungslage abgeschoben werden dürfen – wieder in den vorigen, klaren Stand eingesetzt werden wird.

